Archiv
für die
civilistische Praxis.

Dreizehnter Band. Drittes Heft.

XVII.

I. Kann überhaupt die provocatio ex lege diffamari, und zwar unter welchen Voraussetzungen, bei Verbalinjurien angewendet werden, und
II. darf der Provocant beim Gebrauche des genannten Rechtsmittels seinen Gerichtsstand angehn?

Vom Fürstlich Schwarzburg-Sondershausischen Regierungsrathe, Herrn Friedrich Chop in Sondershausen.

Wenn die tägliche Erfahrung lehrt, daß Rechtssätze, deren Wahrheit fast allgemein anerkannt ist, gleichwohl in den Gerichten bestritten werden, so darf eine solche Erscheinung nicht auffallen: denn sie erklärt sich leicht aus der einseitigen Befangenheit im eignen Interesse und aus der Sucht, den einmal begonnenen Streit zu gewinnen, es koste, was es wolle. Die Wahl der nicht genug geprüften Mittel pflegt dann gleichgültig zu seyn; bisweilen sucht aber auch der gewissenlose Advocat in seiner Verlegenheit oder in seinem bösen Bestreben, dem Gegentheile irgend Etwas zu erwiedern, Einwände hervor, von deren Unstatthaftigkeit er selbst über-

zeugt ist. Leider! sollen auch dieselben ziemlich oft nur dazu dienen, die Bogen zu füllen und das Honorar zu erhöhn.

Deshalb befremdet es auch nicht, in den meisten Acten, welche s. g. Diffamationsklagen zu ihrem Inhalte haben, die in dieser Abhandlung aufgeworfenen Fragen, — wenn es einigermaßen die Eigenthümlichkeit des einzelnen Falles verstattet, — aufgeworfen und bestritten zu sehn. Die Praxis wird zwar in der Regel eine feste und sichre Antwort abgeben; allein da in neuerer Zeit sehr angesehene Gelehrte wieder Meinungen aufgestellt haben, welche von den Resultaten des Gerichtsgebrauchs abweichen; so dürfte vielleicht ein Versuch, die Frage zu lösen: ob ihre Ansichten in der Theorie gegründet sind, nicht ganz uninteressant seyn Halten es doch selbst berühmte Theoretiker [1]) für verdienstlich, die Vertheidigung einer Praxis zu übernehmen, welche sich ihrer tüchtigen Gründe vielleicht gar nicht, vielleicht nicht klar genug bewußt war!

Bei unsrer Untersuchung darf derjenige Weg, welchen das positive, geschriebene Recht in einer geschichtlichen naturgemäßen Entwicklung hätte nehmen sollen und vielleicht auch ohne legislatorische Eingriffe, Mißverständnisse oder Willkühr genommen haben würde, so wenig verfolgt werden, als die Momente den Ausschlag geben dürfen, welche eine gesunde, wohlverstandene Gesetzgebungspolitik darbieten mag. Die Gründe, welche für oder wider aus der Zweckmäßigkeit abgeleitet werden, können uns deshalb hier nicht leiten [2]): denn wir haben uns lediglich an das

1) Thibaut im Archive für die civilistische Praxis. Bd. V. S. 313 – 317. Bethmann-Hollweg's Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses. Vorrede S. VI — VIII.

2) C. 3. D. IV. P. I. In istis temporalibus legibus, quanquam de his homines judicent, *cum eas instituant;* tamen *cum fuerint institutae* et firmatae, non licebit *judici de ipsis* judicare, sed *secundum ipsas.* Wenn daher Glück in seiner Erläuterung der Pandecten Th. VI. §. 533a Seite 486 — 489 und besonders scharfsinnig Mittermaier in seinen

positive Recht, an den Geist und Buchstaben des gegebenen Gesetzes zu halten.

Bei diesem Standpuncte können wir die Entscheidung unserer Aufgaben vom römischen Rechte nicht hoffen. Es wußte nichts von einer Provocation, wie wir dieselbe kennen. Lediglich eine falsche Auslegung glaubte den bereits zur Gewohnheit gewordenen Gerichtsgebrauch ihrer Zeit nicht anders und besser begründen zu können, als daß sie die

c. 5. C. de ingen. manum. 7. 14.

zur Quelle oder Stütze des letztern machte [3]). Aus den Anfangsworten dieser Constitution schreibt sich blos der Name des Rechtsmittels her, der Sache selbst nach beruhte es auf germanischer Sitte und wurde von der Praxis aus- oder doch fortgebildet [4]). So viel scheint wenigstens gewiß,

summarischen Verfahrungsarten S. 175 u. fg. aus der Unzweckmäßigkeit Gründe für eine verneinende Antwort auf den ersten Theil unsrer Fragen beibringen, so konnte ihre Argumentation eben so gut, als der ihr entgegengesetzte Gesichtspunct unbenützt bleiben, welchen Schweitzer in seinem classischen Werke über den Provocationsproceß S. 24 u. fg. eingenommen hat. — Vergl. jedoch Breidenbach über den Werth, die Natur und Grenze des f. g. Provocationsprocesses im angeführten Archive Bd. III. S. 325 u. fg.

3) Cfr. Meister de falsa probatione processus provocatorii ex jure Romano in ejus opusculis ad jus civile N. II. c. IV. §. VIII — X. Becmannorum consilia p. 439. Gönners Handbuch des Processes. Zweite Ausgabe. Th. IV. Abh. 83. §. 2. Glück a. a. O. Th. 6. §. 533 a S. 484.

4) Berger electa processus provocatorii §. VI. Glück a. a. O. Biener systema processus. Ed. III. §. 308. Neurode's pragmatische Erläuterung des J. R. A. zu §. 83. §. 3. — Eben darum kann auch aus der Wortbedeutung von diffamari für oder wider den Umfang der hiernach bloß benannten Aufforderung kein Argument entnommen werden, wie gleichwohl Danz — s. dessen summarische Processe. Dritte Ausgabe §. 20. vergl. mit §. 21. — gethan hat. Cfr. Becmanni l. c. n. 8. Anders verhielte es sich, wenn unsre einheimischen, das Rechtsmittel wirklich begründenden Gesetze sagten: „es trete bei Diffamationen ein“ oder: „so oft

daß die letztre schon zu Zeiten des Kaisers Friedrich III. — (er regierte von 1440 — 1493) — das fragliche Gesetz von einer Aufforderung zur Anstellung einer Klage wegen nachtheiliger Berühmung verstand [5]. Als daher die Reichsgesetzgebung dieses Instituts zuerst erwähnte, so führte sie dasselbe nicht erst ein, sondern setzte es als bekannt voraus. Läge kein bestimmtes Anerkenntniß seines Umfangs in dem einheimischen geschriebenen Rechte, so würde es nur der Gerichtsgebrauch seyn, welcher, wie er die Entstehung herbeiführte, so die Grenzen zu ziehen hätte.

Zu I.

Nach demselben ist es gar nicht zweifelhaft und wird selbst von den Gegnern fast durchgängig zugegeben, daß auch bei gewissen wörtlichen Ehrenkränkungen die s. g. provocatio ex l. diffamari Platz greift [6]. Wir haben jedoch klare, allgemein anwendbare, ausdrückliche Gesetze, welche eine bessere und festere Stütze, so wie leichtern Beweis gewähren und darum eine solche Bezugnahme überflüssig machen [7].

---

als diffamirt worden sey" u. dgl. m.; allein sie sind es, welche den Begriff und die Wirkung der Diffamation ausdrücklich und besonders bestimmen. Jede Bezugnahme auf die c. 5. C. cit. enthält bloß einen falschen Grund, eine geschichtlich irrige Veranlassung, und kann nichts zur Quelle machen, was es nicht ohnehin schon ist. Uebrigens bezeichnet diffamare im weitern Sinne jedes Bekanntmachen, mag das Bekanntgemachte etwas Böses oder Gutes enthalten, im engern Sinne das Ausstreuen nachtheiliger Gerüchte. Cfr. du Fresne glossarium mediae et infimae latinitatis s. h. v. so daß die hier angezogene Stelle aus Tacitus: „*probroso* crimine diffamatus" ganz die Bedeutung ausdrückt, in welcher auch wir bei gewissen Injurien von der Zulässigkeit der s. g. Diffamationsklage sprechen. Cfr. Taciti annal. I. 72. XIV. 22. Apuleji metamorph. I.

5) S. Berger und Glück a. a. O.

6) Mevii decisiones P. I. d. 144. Glück a. a. O. S. 489. Schweitzer a. a. O. S. 28.

7) Deshalb kann es nicht gebilligt werden, wenn von Einigen,

Im Reichsabschiede von 1532 art. III. §. 2. heißt es nämlich: „daß lex diffamari an unserm Cammergerichte verstanden und gebraucht werden soll in friedbrüchichen, Schmach- und andern Sachen.“ Damit stimmt die Cammergerichtsordnung von 1555 Thl. II. t. 25. überein: denn sie verordnet in fast wörtlicher Wiederholung der vorhergehenden Stelle gleichfalls: „daß lex diffamari an dem Cammergerichte verstanden und gebraucht werden soll in friedbrüchigen, Schmach- und andern dergleichen Sachen.“

Es darf hierbei nicht auffallen, daß beide Bestimmungen zunächst auf das Cammergericht berechnet waren: denn ihre allgemeine Anwendbarkeit läßt sich nicht bezweifeln, seitdem der jüngste Reichsabschied von 1654 im §. 137. vorgeschrieben hat, daß, „so viel möglich, bei den Untergerichten der Churfürsten und Stände des Reichs die Norma der cammergerichtlichen Proceß observirt werde.

Eben so wenig liegt darin ein gerechter Grund, die fragliche Verfügung für unanwendbar zu halten, weil sie eine römische Gesetzstelle für eine Einrichtung angeführt hat, welche der angezogenen lex ganz fremd ist. Auch ein zum Gesetze erhobener Irrthum ist darum nicht weniger formelles, zu befolgendes Recht [8]). Die spätere Erkenntniß des Irrthümlichen kann gerade hier aber gar nichts helfen, weil die Absicht des Legislators nicht etwa bloß auf Wiederholung früherer Rechtssätze, die nach seiner fälschlichen Meinung schon anderswo begründet waren, sondern of-

statt diese als Quelle anzuerkennen, der Ursprung und Umfang für den gemeinen Proceß bloß in das Herkommen, für den Reichsgerichtsproceß dagegen in die Reichsgesetze gesetzt wird. S. z. B. Neurode a. a. O. — Auf die Eigenschaft eines außerordentlichen Rechtsmittels kann nichts gebaut werden: denn es darf wohl für erwiesen gelten, daß unsere Provocation solches ist. S. Breidenbach a. a. O. Bd. 4. S. 65 u. fg. Gottschalck selecta disceptationum forensium. Ed. I. T. II. c. 7. p. 70 et 71.

8) Linde's Lehrbuch des Civilprocesses. Zweite Auflage §. 25. a. E.

fenbar auf eine authentische Interpretation gerichtet war.

Der Reichsabschied von 1532 erwähnt zuerst der Schmachsachen. Spätere Gesetze, indem sie sich desselben Ausdrucks in derselben Beziehung bedienen, können keinen andern Sinn damit verbunden haben, als in welchem das Wort von dem angeführten Reichsabschiede gebraucht wurde. Will man daher wissen, was man darunter zu verstehen habe, so wird der gesetzgeberische Sprachgebrauch seiner Zeit hauptsächlich zu berücksichtigen seyn. Die mit ihm in einem Jahre erschienene peinliche Gerichtsordnung muß daher als das zuverlässigste Auskunftsmittel betrachtet werden. Sie sagt im Art. 110. Folgendes: „Item, welcher Jemand durch Schmähschrift unrechtlicher und unschuldiger Weise Laster und Uebel zumißt, wo die mit Wahrheit erfunden würden, daß der Geschmähte an seinem Leibe, Leben oder Ehre peinlich gestraft werden mögte, derselbe boshafte Lästerer soll mit der Pön, in welche er den unschuldigen Geschmähten durch seine böse, unwahrhaftige Lasterschrift hat bringen wollen, gestraft werden. Und ob sich auch gleichwohl die aufgelegte Schmach der aufgelegten That in der Wahrheit erfände, soll dennoch der Ausrufer solcher Schmach — gestraft werden.“ In gleicher Art spricht die Reichspolizeiordnung von 1577 tit. 35. § 4. von der Schmach, welche durch Schmähschriften verursacht wird [9]). Ohne weitre Ausführung leuchtet ein, daß die P G. O. unter Schmach die Wirkung des Vorwurfs eines peinlich zu bestrafenden Verbrechens in Bezug auf Ehre versteht. Schon hieraus, noch mehr aber dadurch, daß sie selbst nach der Wahrheit oder Unwahrheit des Inhalts der Schmähschrift die Strafe verschieden bestimmt, ergiebt es sich, daß nach ihr die Ursache der Schmach in einer erweisbaren Thatsache, liegen muß und daß also nicht jede Ehrenkränkung, na-

9) Vergl. Carl VI. Patent, wegen der Schmähschriften in Glaubens- und Staatssachen. Wien vom 18. Julius 1715.

mentlich weder Scheltworte noch Realinjurien, genüge. Der Vorwurf von Lastern und Handlungen, welche keine peinliche Strafe nach sich ziehn, schließt zwar die Anwendbarkeit der für die Schmähschriften bestimmten Strafsanction wegen der engen Grenzen des Begriffs dieses Verbrechens aus; allein es würde zu weit gegangen seyn, wenn man daraus folgern wollte, daß deshalb Schmach nur durch den Vorwurf peinlicher Verbrechen eintrete. Indem die P. G. O. letztere als eine vorzügliche Ursache der Schmach anerkennt, konnte es nach Lage der Sache nicht Absicht des Gesetzgebers seyn, auf diese Quelle eine Folge zu beschränken, deren er bloß beiläufig gedachte. Es kann und soll also aus der P. G. O. nicht mehr abgeleitet werden, als daß sie den Ausdruck: Schmach bei schweren Vorwürfen, die in Thatsachen bestehn, als characteristische Bezeichnung gebraucht hat. Aus dem Allen geht hervor, daß man nach dem Sprachgebrauche der damaligen, wie der heutigen Zeit [10]) unter Schmach vorzugsweise [11]) eine schwere Ehrenkränkung zu verstehn hat. Wenn nun schon zunächst der Inhalt einer Schmähschrift, die Veranlassung der dadurch herbeigeführten Schmach, in dem Vorwurfe eines Verbrechens, also einer erweißbaren Thatsache, besteht [12]), so ist bei einer Ehrenkränkung,

---

10) Nach Adelungs Wörterbuche der hochdeutschen Mundart bezeichnet Schmach die thätige, kränkende Erweisung des Urtheils von der geringen, verächtlichen Beschaffenheit eines Andern, oder, wie Heinsius in seinem Wörterbuche sagt: „die schimpfliche, kränkende, oft körperlich schmerzhafte Behandlung eines Andern, welche sich auf äußerste Verachtung desselben bezieht."

11) Denn im weitern Sinne hielt man das Wort schon früher für identisch mit Injurie schlechthin. Cfr. Besoldi thesaurus practicus s. h. v.

12) Martins Lehrbuch des Criminalrechts. Zweite Auflage §. 174. Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts. Zehnte Auflage §. 300. Bauers Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. §. 215.

derentwegen unsre Provocation gebraucht werden soll, der Vorwurf einer Thatsache, die bewiesen werden kann, noch weit weniger zu entbehren. Die Richtung unsres Rechtsmittels verfolgt nämlich den allgemein anerkannten Zweck, den Gegner zum Beweise der Diffamation zu nöthigen [13]. Von selbst setzt sie also voraus, daß der Beweis zu führen rechtlich möglich sey: denn es giebt keine Verpflichtung zu unmöglichen Dingen [14]. Daraus erklärt es sich auch, warum nur wegen derjenigen Ehrenkränkungen, rücksichtlich deren sich der Injuriant auf die Einrede der Wahrheit berufen dürfte, unsere Aufforderung zulässig und eben deshalb bei den, einen solchen Beweis nicht duldenden [15] Schimpfworten und Realinjurien ausgeschlossen ist.

Der Vorwurf, welcher in der Thatsache liegt, muß jedoch keineswegs in einem Verbrechen bestehn: denn abgesehn von den bei Entwicklung des Wortsinnes schon oben vorgetragenen Gründen wissen die hier unmittelbar anzuwendenden Gesetze nichts von einer solchen Beschränkung. Die C. G. O. giebt vielmehr in dem Zu- und Nachsatze: „in denen solche Diffamation gefährlicher, betrüglicher Weis oder in andre Wege dem andern Theile zu Nachtheil und Beschwerung gereicht" den weitern Umfang auf eine unzweideutige Weise zu erkennen. Wir sind auch nicht genöthigt, diese Erläuterung und nähere Bestimmung so zu verstehn, als ob damit bloß die Worte: „und andre dergleichen Sachen" erklärt werden sollten: denn da die vorhergehenden Ausdrücke: „friedbrüchiche, Schmach-" ꝛc. nicht minder als die nachfolgenden: „und andere dergleichen" sich lediglich auf das Hauptwort: „Sachen" beziehn und dieses bestimmen, da auch jene mit letzterm eben so eng und unmittelbar verknüpft sind, als diese; so ist nicht einzusehn,

13) Weber von Injurien und Schmähschriften. Dritte Aufl. Thl. II. S. 96.

14) Fr. 185. D. de R. J. 50. 17.

15) Martin a. a. O. §. 167. Note 14.

warum das im erläuternden Nachsatze gebrauchte Relativum: „in denen" nicht im Allgemeinen auf das Hauptwort: „Sachen" sollte bezogen werden dürfen, ja müssen.

Hieraus folgt, daß die zugefügte Schmach, wegen welcher provocirt werden soll, zum Nachtheile und zur Beschwerung des Diffamirten geschehn [16], und daß ihm daher aus diesen Rücksichten an Nöthigung seines Gegners zum Beweise gelegen seyn muß [17]. Es kann also unser Rechtsmittel angewendet werden I. bei schweren Ehrenkränkungen, welche II. in einer behaupteten Thatsache [18]) begründet sind, und hinsichtlich deren es III. dem Diffamirten gelegen seyn muß, darüber eine öffentliche Beglaubigung zu erhalten, daß sein Gegner den Beweis nicht habe führen können. — Insofern der auferlegte Beweis entweder gar nicht angetreten oder nicht erbracht wird, so enthält weder die ganz unterbliebene noch die erfolglose Bemühung des Diffamanten einen schlüssigen und nothwendigen Grund für die Wahrheit des Gegentheils seiner Diffamation. Es kann daher nicht behauptet werden, daß sich die Provocation eine eigentliche, directe Widerlegung zum Ziele gesteckt habe; dagegen hat Schweitzer [19]) vollkommen Recht, wenn er ihren Grund in eine Verleumdung [20]) setzt.

Daß übrigens ältre Rechtsgelehrten auf die Idee kommen konnten, die Provocation auch bei gewissen Ehrenkränkungen eintreten zu lassen, und daß diese Ansicht in die deut-

16) Man denke nur nicht an pecuniären Nachtheil: denn wo dieser den vorwaltenden Bewegungsgrund bildet, da dient unser Rechtsmittel nicht der gekränkten Ehre. Wir haben es nur in letzterm Betrachte zu erwägen.

17) Weber a. a. O. Schweitzer a. a. O. S. 24 u. 25.

18) im weiten, die Handlung mit umfassenden, Sinne. S. Mackeldey's Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. Achte Ausgabe. Thl. I. §. 158.

19) a. a. O. Note 15.

20) Den Begriff s. in Feuerbach a. a. O. §. 284. und Bauer a. a. O. §. 203.

sche Gesetzgebung überging, läßt sich leicht erklären; denn letztre schöpfte aus der Doctrin und dem Gerichtsgebrauche — aus Quellen, von deren Einflusse sich kein Gesetzgeber frei erhalten kann und darf, weil er in seiner und für seine Zeit lebt. Was aber die ältre Doctrin und den Gerichtsgebrauch betrifft, so mochten beide in der mißverstandenen l. diffamari auch für diese Anwendung einen Haltpunct gefunden zu haben glauben. Denn wenn der rector provinciae zu Gunsten dessen, welchen man nun einmal für den Diffamirten hielt, entschieden hatte: „ne de caetèro inquietudinem sustineret," und gleichwohl der vermeintliche Diffamant von seinem Vorgeben nicht abließ, so sollte diesem „ab *injuria* temperari" auferlegt werden. Wer mit vorgefaßter Meinung zur Erklärung des Gesetzes schritt, der konnte darin die Auflage des Stillschweigens — einer Folge, welche auch jetzt noch bei Ehrenkränkungen die unbewiesene Aeußerung trifft [21]) — und in der Auflage selbst denselben Schutz und Zweck erblicken, welchen der erwähnte, richterliche Ausspruch gegen fernere Beunruhigung gewährte. Der Ausdruck: injuria „war dann ganz dazu geeignet, den Gedanken an seine weitere und engere Bedeutung [22]) zu erwecken. Auch wirkte vielleicht der Umstand ein, daß man, — da man nach der Inhaltsangabe der fraglichen Stelle [23]) die Diffamation in der Behauptung fand, daß der Diffamirte ein Sclav sey, — sich weder verhehlen konnte noch durfte, wie gerade die „ademtio libertatis *existimationem*

---

21) Hommels deutscher Flavius. Vierte Ausgabe von Klein s. v. Diffamation N. IX. u. X. Rivini enunciata juris ad t. I. E. 27. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden. Achte Ausgabe von Martin. §. 275.

22) Von beiden spricht fr. 1. pr. D. de injur. et fam. lib. 47. 10.

23) Contra diffamantem aliquem *de servitute* potest judex ad instantiam diffamati tempus illi praefigere, intra quod debet agere. Salic. — Die c. c. handelt — richtig verstanden — nur von dem bezweifelten status *ingenuitatis*.

consumit [24]." Ein Sclav ist rechtlos [25]) und der bürgerlichen Ehre nicht fähig [26]). Wer also ein Vorgeben bestritt, neben welchem seine bürgerliche Existenz nicht zu bestehn vermochte, suchte eben dadurch auch die Bedingung seiner Ehre aufrecht zu erhalten und ihre Vernichtung zu verhindern. — Durch ein solches Raisonnement, dessen Gang mehr gefühlt, als zum klaren Bewußtseyn erweckt worden seyn mag, war die Versuchung möglich, eine nothwendige Folge auch als Selbstzweck zu betrachten, wenigstens ihm alsdann dasselbe Rechtsmittel einzuräumen. —

Zwar wurde, wie schon Denys Godefroi in den Noten des von ihm herausgegebenen corpus juris bei diesem Gesetze bemerkt und von Andern bezeugt, die durch letztres unterstützte Provocation als ein Mittel betrachtet, um die Anstellung einer Klage zu bewirken; allein als Aufforderung zur Klage wird das Institut in den Reichsgesetzen nirgends bezeichnet. Seine Anwendung auf Injurien ergiebt vielmehr, daß es nicht bloß eine Nöthigung zum Klagen beabsichtigt [27]). So nimmt es auch die Praxis [28]).

Die Praxis konnte auch nicht anders verfahren: Denn da das Gesetz das remedium ex l. diffamari in Schmachsachen zuließ, so war hierbei für den Provocanten die Möglichkeit einer Klage undenkbar. Gleichwohl mußte die Provocation in Schmachsachen etwas anders, als in Klagesachen bezwecken; sonst wäre sie ganz unnütz gewesen. Ein Zwang und die Drohung mit dem Verluste des Rechts zur

24) Fr. 5. S. 3. D. de extraord. cognit. 50. 13.

25) Fr. 3. S. 1. D. de cap. nim. 4. 5. fr. 22. 32. 209. D. de R. J. 50. 17.

26) Walter über Ehre und Injurien nach römischem Rechte, im Neuen Archive des Criminalrechts Th. IV. S. 114.

27) A. M. ist Glück a. a. O. S. 486 — 489.

28) Martini commentarius in processum juris ad t. O. P. V. I. §. 5. n. 74. Richter decisiones P. II. d. 100. n. 108. Meister l. l. §. VII. Webers Beiträge zu der Lehre von Klagen und Einreden. Vierte Ausgabe S. 28.

Anzeige ist weder statthaft noch kann derselbe bezweckt worden seyn [29]. Vernünftigerweise kann also dieses Andere bloß in dem Zwange zum Beweise des unwahren Vorwurfs liegen. Freilich erinnert Mittermaier [30] mit Recht, daß in der Regel niemand zu beweisen schuldig sey, wer nicht agendo oder excipiendo Ansprüche gerichtlich verfolgen wolle. Allein gegen die ausnahmsweise Abweichung von dem an sich richtigen Grundsatze läßt sich deshalb nichts sagen, weil mit dem gesetzten Zwecke zugleich die nothwendigen Mittel zugegeben sind, ohne welche sich derselbe nicht erreichen läßt und weil also, wer Jenen will, Diese wollen muß [31]. Müßte man den Begriff der Schmachsachen bloß auf den Vorwurf von Verbrechen richten, so könnte allenfalls die Nöthigung zu einer Anklage — wenn ein solcher Zwang nicht unstatthaft wäre [32] — die Folge der Provocation zu seyn scheinen; allein es wäre, — um hier nicht die bereits früher gegen eine solche Beschränkung vorgetragenen Gründe zu wiederholen, — auffallend, wenn Stellen, welche sich absichtlich nur mit den civilrechtlichen Folgen der Diffamation beschäftigen, eine solche, in das Criminalrecht einschlagende Deutung unterläge. Abgesehn davon, daß es kaum oder doch höchst selten Jemandem einfallen wird, eine criminelle Anklage gegenüber aus dem Anklagestande unüberführt herauszutreten, und ohne irgend eine Sicherheit wegen desselben, zum Vorwurfe gemachten Verbrechens vor einem andern Ankläger oder vor der unaufgefordert im Wege des Inquisitionsprocesses einschreitenden Staatsgewalt erlangt zu haben, — würde es doch dem Interesse der Letztern geradezu widersprechen, die unterbliebene Anklage mit

29) Kori's summarische Processe §. 138.

30) Mittermaier a. a. O. S. 175.

31) Fr. 10. D. de serv. 8. 1. Fr. 20. S. 1. D. de serv. praed. urb. 8. 2. Fr. 3. §. 3. D. de serv. praed. rust. 8. 3. Fr. 11. pr. S. 1. D. commun. praed. 8. 4.

32) P. G. O. Art. 214.

ewigem Stillschweigen belegt zu seyn, ja selbst die Hand dazu zu bieten. Eine Entscheidung der Art würde gar nicht zu vermeiden seyn, sobald als der Anklagelibell binnen der Frist, welche das im Provocationsprocesse ertheilte Erkenntniß bestimmt hätte, nicht übergeben worden wäre. Hiernach hinge es von der Willkühr des Provocaten, ja sogar von reinen Folgen des förmlichen Rechts, z. B. des Ungehorsams, ab, ob ein Vergehen durch den von ihm zu übernehmenden Beweis ans Licht gezogen werden solle oder nicht. Daß die Anwendung solcher Grundsätze und die Zulassung solcher Folgen gegen das Recht und die Pflicht des Staats, zu untersuchen und öffentlich zu strafen, auch wenn die zunächst verletzte Privatperson keine Anklage erheben will[33], verstoßen würde, braucht wohl nicht weiter gezeigt zu werden.

Zwar spricht sowohl der J. R. A. als die C. G. O. von einer nachfolgenden Hauptsache; allein es wird nicht gesagt, daß in allen Fällen eine Hauptsache nachfolge, daß die Aufforderung durchgängig nur letztere herbeiführen solle; vielmehr mußte und konnte ihres hauptsächlichen Zwecks füglich gedacht werden, ohne daß dadurch ein untergeordneter, wie der bei Schmachsachen, ausgeschlossen worden wäre. Ueberhaupt wollte der Gesetzgeber durch den Bezug auf die nachfolgende Hauptsache bloß den Gerichtsstand bezeichnen, nicht aber die früher absichtlich und bestimmt angegebenen Gegenstände mit sich selbst im Widerspruche beiläufig und mittelbar wieder beschränken. Heißt es doch auch später im Allgemeinen und, ohne dabei der Nothwendigkeit einer nachfolgenden Hauptsache zu gedenken, bloß: „so der Diffamirte“ — und nicht, wie vorher: „der Antworter in der Hauptsache“ — „dem Cammergerichte in erster Instanz unterworfen [34].“ Wenn

33) P. G. O. Art. 214. Martin a. a. O. §. 83.

34) Hieraus widerlegt sich ein ferneres Argument von Mittermaier a. a. O. S. 174. Ohnehin würde dasselbe offenbar zu viel beweisen, weil er doch in friedbrüchigen Schmachsachen die Provocation S. 173 zuläßt.

außerdem Kori[35]) darauf Gewicht legt, daß nach der E. G. O. die Nöthigung des Diffamanten zur Anstellung einer Klage binnen bestimmter Zeit mit dem Anhange zu verfügen sey: „wenn er das nicht thäte, daß ihm ein ewig Stillschweigen auferlegt werden solle;" so läßt sich freilich nicht leugnen, daß das gedachte Präjudiz in der Verbindung, in welcher es das Gesetz vorschreibt, die Möglichkeit einer nachfolgenden Klage voraussetzt, und also hier für Injuriensachen nicht vorgeschrieben worden ist. Allein daraus folgt weder, daß die Anwendung des gedachten Nachtheils auf Provocationen, denen eine Klage nachfolgen kann, dasselbe in Schmachsachen ausschließe, noch darf auch hier übersehen werden, daß der hervorgehobene, wichtigste Fall keinesweges für den einzigen gehalten worden ist. Sonst hätte die E. G. O. nicht in dem unmittelbar nachfolgenden Satze der übrigen Möglichkeiten, welche sie eben dadurch zugiebt, mit den Worten gedenken können: „und sonst vermöge — der gemeinen Rechte und Ordnung gehandelt und producirt werden soll." Durch dieses Generalisiren wird die behauptete Beschränkung wieder aufgehoben.

Die Bedenken übrigens, welche sich auf die Natur der Provocation als einer Aufforderung zum Klagen stützen, würden nicht wegfallen, wenn man dieselbe auch nicht in allen, sondern nur in friedbrüchigen Schmachsachen zulassen wollte; — mit andern Worten — wenn man annähme, daß sich lediglich Ehrenkränkungen, welche den Vorwurf eines Friedensbruchs enthielten, zum Gebrauche des Rechtsmittels aus der l. diffamari eigneten. Es ist offenbar, daß ein solcher Vorwurf nicht nothwendig von Denjenigen gemacht worden zu seyn brauchte, welcher aus dem erbrachten Beweise desselben irgend Ansprüche für sich ableiten könnte: denn auch, von einem Andern ausgegangen, würde derselbe unter die Bezeichnung einer friedbrüchigen Schmachsache gehören. Wenn nun der eben an-

35) a. a. O. §. 138.

geführte Fall einträte, so würde nicht einzusehn seyn, welch' eine Klage der Vorwurf eines Friedensbruchs dem Schmähenden gegeben haben sollte. Wollte man also nicht eine neue Einschränkung, um diesen Widerspruch zu beseitigen, willkührlich durch eine petitio principii in das Gesetz hineintragen; so dürfte aus der ausschließlichen Eigenschaft einer provocatio *ad agendum* gegen die Ausdehnung des Instituts auf Injuriensachen überhaupt kein Argument zu entnehmen seyn: denn friedbrüchige Schmachsachen — betrachtet man bloß die Schmach — gewähren dem Diffamanten niemals eine Klage. Setzt man hingegen nicht das alleinige Gewicht in die Schmach, so giebt doch dem Provocaten gezeigtermaaßen nicht immer der von ihm ausgegangene Vorwurf eines Friedensbruchs eine Klage. Tritt jedoch die Voraussetzung ihrer Möglichkeit ein, ist ihre Bewirkung Zweck des Provocationsprocesses, alsdann kann man auch nicht von Schmachsachen sprechen [36]). Nicht die zugefügte Schmach, sondern das Recht, welches der Diffamant aus dem vorgeworfenen Friedensbruche für sich ableiten mögte, hätte den Diffamaten bewogen, seinen Gegner zur Anstellung einer Klage zu nöthigen und das dieselbe vorbereitende Verfahren einzuschlagen. Es ließe sich dann, wie gesagt, nicht einsehn, warum gleichwohl von der ehrenkränkenden Eigenschaft des Vorwurfs die characterisirende, nähere Bezeichnung entnommen worden wäre. Die Behauptung, daß bloß von friedbrüchigen Schmachsachen die Rede sey, stützt sich darauf, daß zwischen beiden Worten ein Comma fehlen soll [37]). Hiernach würden also nicht zwei verschiedene Gegenstände genannt, die sich wie eine neben der Gattung besonders hervorgehobene Art verhielten, sondern es eignete sich nur die durch den Vorwurf des Friedensbruchs zugefügte Schmach zur Anstellung der Provocation.

36) Vergleich hierbei: Note 32.

37) Mittermaier a. a. O. S. 173. Lotz's civilistische Abhandlungen S. 165.

Wenn die Verfechter dieser Ansicht das Auffallen des Commas durch die Conjecturalkritik zu rechtfertigen suchten, so würde es ganz an seinem Orte seyn, auf die Voraussetzungen aufmerksam zu machen, unter welchen allein dieselbe zugelassen werden darf [38]. Sie beziehn sich jedoch bloß auf die Lesart des Textes einiger Ausgaben, deren keine für authentisch gelten kann. Es muß daher erlaubt seyn, ihren Behauptungen andere Allegate entgegen zu setzen [39]. Dazu kömmt, daß Gaill, der lange beim Cammergerichte angestellt war und dieser seiner Stellung und seiner Zeit nach [40] den meisten Beruf, so wie die beste Gelegenheit hatte, sich von der authentischen Lesart zu unterrichten, das streitige Comma hat [41]. Er geht von der Ansicht aus, daß nach einer durch alte Schriftsteller [42] unterstützten Meinung gemeinrechtlich die „l. diffamari in *omni* genere causarum civilium et *criminalium*" Statt finde. In der

38) Hufelands Geist des röm. Rechts Thl. I. S. 70—80. Thibaut's Versuche. Zweite Ausg. N. 16. S. 285—296. verglichen mit seiner Theorie der logischen Auslegung. Zweite Ausgabe §. 44. S. 180—190. Wening-Ingenheims Lehrbuch des Civilrechts. Dritte Aufl. Bd. I. §. 6.

39) Im Reichsabschiede von 1532 und der C. G. O. a. a. O. haben ein Comma: alle Reichsabschiede und Satzungen. Frankfurt a. M. 1707. S. 289 u. 622. Corpus juris publici academicum von B. G. Struven. Jena 1726. S. 421. Corpus juris publici academicum von J. J. Schmauß. Zweite Ausgabe. Frankfurt u. Leipzig 1727. S. 499. Corpus juris Germanici academicum von Emminghaus. Jena 1824. Thl. I. S. 224. Thl. II. S. 477. — Auf das Concept der C. G. O. konnte keine Rücksicht genommen werden, weil es nur Concept war und geblieben ist.

40) Er war 1526 geboren und starb 1587. S. Hugo's Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts seit Justinian. Zweiter Versuch §. 232. S. 260.

41) Cfr. ejus observationes practicae T. I. obs. 9. n. 1.

42) Barbosa sagt in thesauro l. IV. c. 32. S. 3: „quoties alicujus interest, defendi *famam*. — remedium l. diffamari obtinet." In den Allegaten der meisten Schriftsteller, z. B. bei Neurode a. a. O. §. 7 u. 8. findet sich das Comma.

folgenden Betrachtung identificirt er keineswegs die landfriedbrüchigen Sachen mit den „causis status, dignitatis et existimationis;“ vielmehr hält er Beide aus einander und erklärt, daß die zuletzt gedachten Sachen deshalb mit aufgenommen worden wären, weil die Ehre nicht minder theuer seyn müßte, als das Leben. Zwar fährt er so fort: „sed quoniam constitutio *duas* tantum causas exprimit, puta fractae pacis *et* injuriarum atrocium, et postea generalibus verbis etiam similes causas includit: „und andern dergleichen Sachen,“ quaeritur, quaenam sint *istae similes* causae? Sunt omnes ex quibus publicum scandalum exoriri et tranquillitas imperii *quomodocunque* ob fractam traductionem perturbari queat. Wenn man auch [43]) bloß den letztern Satz hervorhebt und das Wort: „quomodocunque“ ausläßt, so darf man doch nicht übersehn, daß Gail nur die Worte der C. G. O.: „und andere dergleichen Sachen“ bei seiner Erklärung vor Augen hatte, und daß diese Worte eher aus den ihnen vorhergehenden, eben weil sie nachfolgen, Erläuterung erwarten müssen, als über letztere Licht verbreiten können.

Man darf aber auch, selbst wenn man die Lesart: „friedbrüchige Schmachsachen“ zugiebt, nicht unbeachtet lassen, daß die nachfolgenden Worte: „und andere dergleichen Sachen“ nicht isolirt stehn, sondern gerade aus dem auch mit zu ihrer Erläuterung beigefügten Zwischensatze: „in denen solche — beschehn“ erklärt werden müssen. Eine Auslegung, welche den Zusammenhang nicht berücksichtigt, wird von den Gesetzen gemißbilligt [44]). Eine Verläumdung wird zwar nicht immer im eigentlichen Sinne „gefährlich“ und „betrüglich“ seyn [45]), aber sie geschieht stets „dem an-

43) mit Mittermaier a. a. O. S. 174.

44) Incivile est, nisi *tota lege* perlecta, *una aliqua* particula ejus proposita, judicare vel respondere fr. 24. D. de leg. 1. 3.

45) Klien über das Verbrechen des Betrugs und der Fälschung im neuen Archive des Criminalrechts Bd. I. S. 129.

dern Theile zum Nachtheile und Beschwerung." Wenn also dieser Nachsatz auch nur als eine Erläuterung der Worte: „und andern dergleichen Sachen" angesehn werden könnte und müßte, so würde schon in seiner Allgemeinheit [46]) zwar kein namentliches, aber ein dennoch unleugbares Anerkenntniß für die Zulässigkeit der s. g. Diffamationsklage in Injuriensachen liegen. Nach dem Werthe endlich, welchen Gewohnheit und Gerichtsgebrauch bei Auslegung der Gesetze verdienen [47]), verschwindet vollends aller Zweifel. Wer gleichwohl die Meinung hegt, daß „der Schutz der im Verdachte eines Landfriedenbruchs stehenden Reichsglieder der Zweck der Einführung der Provocationsklagen scheine." und wer daher dieselben nur in friedbrüchigen Schmach und andern dergleichen Sachen gestattet [48]), der hat bloß die C. G. O. vor Augen. — Schon nach dem Entwicklungsgange, welchen die Dogmengeschichte unsres Rechtsmittels genommen hat, müßte es auffallend seyn, daß dasselbe hiernach in der Bedeutung, in welcher es ursprünglich und hauptsächlich aufgefaßt wurde, nämlich als Mittel, die Anstellung einer Klage herbeizuführen, fast gar nicht oder doch in sehr beschränkter Art aufgefaßt erscheine und daß man es im Widerspruche mit der Ausdehnung, welche ihm die damalige Zeit anwieß, benutzt hätte. Allein die Bestimmungen über die Provocation sollen nicht bloß aus den deutschen Reichsgesetzen entnommen werden, sondern dieselben verweisen ausdrücklich daneben auf die „gemeinen Rechte" [49]). Da das Institut weder im römischen noch im canonischen Rechte begründet ist, so kann hierunter nichts anders verstanden werden, als die communis doctorum opinio und der Gerichtsgebrauch. Daß aber Beide der hier

46) Fr. 147. D. de R. J. 50. 17.

47) Fr. 37. u. 38. De de leg. 1. 3.

48) Z. B. Mittermaier a. a. O. S. 168 und Lotz a. a. O. S. 165.

49) C. G. R. von 1531. §. 35. J. R. A. §. 83.

entwickelten Ansicht nicht abfallen, ergeben nicht nur die unten[50]) angeführten Schriftsteller, sondern gestehn selbst Viele zu, welche in theoretischer Hinsicht eine andere Ansicht unterhalten[51]). Daher erklärt es sich auch, warum selbst das Reichscammergericht zwischen der Provocation nach gemeinem Rechte und der nach der Cammergerichtsordnung unterschied[52]) und dieselbe ungeachtet der Beschränkung, welche in letztrer liegen soll, überall zuließ, wo der gemeine Gerichtsgebrauch gezeigtermaßen dem Institute zur Seite stand[53]).

Uebrigens läßt sich den bisherigen Gründen ein aus dem L. F. von 1548 art. XIV. §. 8. entnommenen[54]) nicht bei-

50) Außer den bei Schweitzer a. a. O. S. 25. Note 16. u. S. 28. Note 20. angeführten: Martini, Richter, Mynsinger, Carpzov in seiner practica rerum criminalium, Biener, Schmidt, Weber, Quistorp, Winkler, Mehlen u. Martin. S. Carpzovii responsa l. II. R. 34. n. 2, ejusdem processus t. XX. A. II. n. 26. Philippi considerationes in O.P.S.V. t. I. c. 9. n. 1. Mevii decisiones P. I. d. 144. Brunnemann comment. ad C. p. 832. Blumen processus cameralis t. 36. §. 2. u. 14. Rivini enunciata ad t. 1. E. 27. Knorren's Anleitung zum gerichtl. Processe. Dritte Aufl. B. III. H. 5. §. 2. Boehmeri decisiones et consultationes. R. 822. n. 4. ejusdem doctrina de actionibus. S. II. C. 1. §. 16. Hommel rhapsodia quaestionum obs. 635. Fredersdorf's Anweisung für angehende Justizbeamte Bd. III. S. 245 u. 246. §. 1. u. 4. Ludovici's Einleitung in den Civilproceß. Zwölfte Ausgabe C. V. §. 1. u. 2. Schmidts Theorie der summarischen Processe §. 259. — Aus meiner eignen Erfahrung könnte ich viele Beispiele anführen. Ich begnüge mich, ein von der F. Regierung in Sondershausen in Sachen des H. D. L. das. gegen den H. E. W. am 8. Januar 1827 verabfaßtes und in der Leuterungs-Instanz von F. Regierung in Arnstadt am 29. Juni 1827 bestätigtes, so wie ein vom F. Consistorium zu Sondershausen in Sachen des C. K. in W. gegen den B. D. L. in C. am 10. October 1828 ertheiltes Erkenntniß anzuführen.

51) S. Note 5.

52) Blumen l. l. t. 36. n. 4.

53) Becmanni l. l. P. I. p. 30 et 31.

54) mit Schweitzer a. a. O. S. 27.

zählen. Es heißt hier: „Wer aber Jemands ohne rechtmäßige Ursache verdächtig machen, verläumden und denselben Verdacht in Rechten nicht ausführen wollte, soll der „verdächtig Gemachte den, welcher ihn verdächtig gemacht hat“ deshalb fürnehmen“ dürfen. Allerdings folgt hieraus, daß die Reichsgesetze in einem besondern Falle die eigentliche Aufforderung zum klagen zu benutzen wußten, um den Verläumder zur Ausführung des von ihm ausgesprengten Verdachts, d. h. zu dem Beweise seines die Behauptung eines Anspruchs nicht oder nur zufällig enthaltenden Vorwurfs anzuhalten; — es kann also hieraus ein analoger Schluß für den Gegenstand unsrer Abhandlung abgeleitet werden. Allein eine directe Anwendung ist ausgeschlossen. Die Worte dürfen nämlich nicht so allgemein, wie sie lauten, genommen werden; sie sind vielmehr ihrem Zusammenhange, ihrem Zwecke und ihrer Stellung nach auf Landfriedensbruchsachen zu beschränken. Der angezogene Paragraph ist ein Unterabschnitt des art. XIV. Die Aufschrift des letztern: „wie gegen die, die des Friedbruchs oder, daß sie den Friedbrechern heimlichen Zuschub gethan, verdacht sind, gehandelt und *ad purgandum* procedirt werden soll.“ legt die gestellte Ausgabe seines gesammten Inhalts und also die bestimmte Art des Verdachts, von welcher der §. handelt, deutlich an den Tag. Sonst ließe es sich auch in der That ohne Annahme einer Tautologie nicht erklären, wie die C. G. O. Th. II. t. 10. §. 9. unter derselben Rubrik und mit denselben Worten, welche wir in dem angeführten Landfrieden finden, Bestimmungen hätte treffen können, die hier entweder nicht am rechten Orte gestanden hätten oder doch unnöthiger Weise in dem, dem remedium ex l. diffamari gewidmeten Abschnitte wiederholt worden wären.

Indem wir uns nunmehr

II.

zur zweiten Frage unsres Versuchs wenden, so können wir

schon aus dem Vorangeschickten zu deren Lösung Manches gebrauchen. So dürfen wir als erwiesen annehmen, daß die Provocation in den Reichsgesetzen nicht bloß auf Landfriedensbruchsachen angewendet, sondern in dem weitern Umfange anerkannt worden ist, welchen derselben das gemeine Recht gegeben hat. Es kann also die Beschränkung, welche auf die entgegengesetzte Ansicht fußt, hier eben so unerörtert bleiben, als das aus der Unzweckmäßigkeit entnommene Räsonnement. Dagegen läßt sich nicht leugnen, daß die Gründe, welche man ehemals aus der Natur der Sache für die Zuständigkeit des Gerichtsstandes des Provocanten abzuleiten pflegte, zum Theile ganz schwach und offenbar unhaltbar sind. Wir brauchen uns jedoch, damit nicht zu beschäftigen. Hätte dieselben wirklich das Gesetz, wie es doch nicht geschehen ist, ausgesprochen, so würden wir uns als Richter bloß um seinen dispositiven Theil zu bekümmern haben: denn nur die Anordnung haben wir zu befolgen, ohne, wenn ihre Absicht klar ist, nach den leicht irrigen Motiven als Momenten, die gegen den Zweck und Buchstaben des Gesetzes in Betracht kämen, weiter zu fragen. Sollten übrigens gar keine oder doch keine ausreichende Gründe für die Möglichkeit oder Nothwendigkeit der getroffenen Verfügung aufzustellen seyn, so müßten wir gleichwohl dem erklärten Willen des Gesetzes nachleben [55]. Darum suchen wir bloß aus letzterm unsre Aufgabe zu lösen.

Schon der R. A. von 1532. act. III. §. 2. verordnet [56], daß das C. G. nur in den Sachen und zwischen den Partheien, welche vor dasselbe gehörten oder demselben ohne

55) So tröstet und räth fr. 20. u. 21. D. de leg. 1. 3: Non omnium quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest! — Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet. Alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.

56) In Uebereinstimmung mit Denys Godefroi, der sich deshalb in seiner Ausgabe des corpus juris auf Blaurer's Anmerkungen über die l. diffamari bezieht.

Mittel unterworfen wären, die Provocation zulassen sollte. Hiernach kann es allerdings zweifelhaft scheinen, ob nicht durch den Ausdruck: „zwischen den Partheien“ ein solches Verhältniß der streitenden Theile habe bezeichnet werden sollen, vermöge dessen beide dem C. G. unmittelbar unterworfen waren. Allein dann würde die getroffene Bestimmung ganz überflüssig gewesen seyn, weil sie sich von selbst verstanden und nichts neues enthalten hätte, wodurch für den Gerichtsstand der Provocation irgend etwas Besonderes angeordnet worden wäre: denn die Frage, ob der Provocant und Diffamirte seinen Gerichtsstand wählen dürfe, kann nur dann juristisches Interesse haben und einer eignen gesetzlichen Entscheidung bedürfen, wenn er und sein Gegner verschiedenen Gerichten unterworfen sind. Indessen beseitigt die C. G. O. a. a. O. alle Bedenken. Sie will nämlich mit klaren Worten, „daß l. diffamari an dem Cammergerichte verstanden und gebraucht werden soll — nicht anders, denn so die ansuchende Partei, die in der Hauptsache antwortet, der Kaiserlichen Majestät und dem Reiche ohne Mittel unterworfen, an das Cammergericht ohne Mittel gehörig ist.“ Namentlich setzt sie dabei voraus, „so der Diffamirte dem Cammergerichte in erster Instanz unterworfen.“ Offenbar ist es hiernach der Gerichtsstand des künftigen Verklagten oder, besser und allgemeiner, des Diffamirten, welcher über die Zuständigkeit der mit der Provocation anzugehenden Behörde entscheidet [57]). Deshalb

57) Vorausgesetzt, daß nicht das Object der künftigen Hauptsache — z. B. bei geistlichen und Lehnssachen — vermöge des mit ihm verbundenen befreiten Gerichtsstandes die subjective Rücksicht auf das persönliche Verhältniß der streitenden Theile zurückdrängt. Darum soll auch die s. g. Diffamationsklage, wenn auch nur „die Sache ihrer Natur nach“ nicht vor das Cammergericht gehört, an das ordentliche Gericht verwiesen werden, s. C. G. O. a. a. O. Chladenius ad Wernsdorfii disceptationem de remedio provocationis ex l. si contendat in processu executivo. 1773. p. XII. Knorre a. a. O. §. 2.

wird auch ferner das C. G. angewiesen, wenn der Diffamirte ohne Mittel zwar dem Reiche, aber nicht in erster Instanz dem Cammergerichte oder nicht einmal dem Reiche ohne Mittel unterworfen sey, keinen Proceß zu erkennen," unangesehn, was für einer Obrigkeit der Diffamant unterworfen seyn mögte. Diese Stelle sagt auf das Deutlichste, daß es auf den Gerichtsstand des Diffamanten niemals ankommen solle. War er also auch dem C. G. in erster Instanz unterworfen, so mußte er es sich doch gefallen lassen, wenn der Diffamant sein Gericht angieng. Nur das Forum des Letztern sollte für die Provocation zuständig seyn. Durch diese Disposition ist namentlich der Ansicht begegnet, daß mit der s. g. Diffamationsklage jedes auch sonst ganz unzuständige Gericht vermöge einer — nach richtigen Begriffen durchaus unstatthaften [58]) — Provocation angegangen und für die Hauptsache competent gemacht werden könnte.

Man darf übrigens [59]) nicht Alles darauf bauen, daß auch hierbei in der C. G. O. wieder bloß von Landfriedensbruch- und ähnlichen Sachen die Rede sey: denn abgesehn von den hiergegen schon in dem ersten Abschnitte dieses Versuchs vorgetragenen Gründen, so wird ja die Competenz für die Provocationen nicht bloß durch objective, sondern auch durch subjective Merkmale bestimmt. Die Zuständigkeit des C. G. wird sowohl in dem R. A. von 1532 als in der C. G. O. nach den Personen oder Sachen, die ihm unterworfen waren, regulirt. Die Landfriedensbrüche gehören schon als solche und ohne Rücksicht auf die Personen, welche dieselben begangen haben, oder denen dieselben vorgeworfen werden, bloß unter die letztre Abtheilung. Die erste Classe kann nicht zwecklos genannt

58) Biener l. l. S. 309. not. 4.

59) mit Lotz a. a. O. S. 164 u. ff. und Mittermaier a. a. O. S. 183, der übrigens für das gemeine deutsche Recht mit unsrer Ansicht übereinstimmt.

seyn, und es darf daher das Gewicht nicht übersehen werden, mit welchem die disjunctiv erwähnten persönlichen Rücksichten genau und mehrmals als Bestimmungsgründe hervorgehoben werden [60]). Viel wichtiger scheint ein Bedenken, auf welches Thibaut [61]) Morstadt [62]) und Linde [63]) hinweisen: Denn nach dem J. R. A. von 1654. §. 83. soll das C. G. die Hauptsache an das Gericht remittiren, wohin diese ihrer Eigenschaft und den Umständen nach gehört.

Offenbar wird hier die Möglichkeit zugegeben, daß die Hauptsache vor einem andern und minder hohen Gerichte verhandelt werde, als das war, vor welchem die dieselbe vorbereitende Provocation angestellt wurde. Wenn nun der Gerichtsstand für die Provocation und Hauptklage bloß nach demjenigen Forum beurtheilt werden dürfte, welchem der Provocant für seine Person unterworfen wäre, so könnte es scheinen, als ob sich etwa folgender Schluß rechtfertigen ließe:

> Für die Hauptklage ist der Satz: actor sequitur forum rei, unbestritten und anerkannt. Deshalb muß angenommen werden, daß dem von dem J. R. A. untergestellten Falle gemäß der Provocant für seine Person dem C. G. nicht unterworfen war; außerdem würde die Hauptklage gegen ihn nicht anderswo anzubringen gewesen seyn, nicht an ein andres und niedereres Gericht haben remittirt werden müssen. Da nun gleichwohl das C. G. mit der Provocation angegangen worden

---

60) Dieses Argument dient zugleich zur Unterstützung der Ansicht gegen die ausschließliche Restriction unsres Instituts auf Landfriedensbruchsachen.

61) System des Pandectenrechts. Fünfte Auflage. §. 1216.

62) Materialkritik. S. g. zweite Ausgabe S. 306. 2.

63) a. a. O. §. 336.

Die hierbei gewöhnlich angeführte Schrift von Reuter de foro competente provocationum. Halle 1751. habe ich mir so wenig verschaffen können, als eine dagegen gerichtete Dissertation von Koch.

ist, so kann es nur dadurch für dieselbe zuständig geworden seyn, daß ihm der Provocat in erster Instanz unterworfen war.

Hiernach würde die durch die C. G. O. ausgeführtermaßen bei der Provocation begründete Rechtfertigung einer Ausnahme von der Regel: actor sequitur forum rei wieder aufgehoben worden seyn. Allein der Gerichtsstand der Provocation und Hauptklage richtet sich nicht immer bloß nach der subjectiven Rücksicht auf den Wohnort oder den befreiten Gerichtsstand der Person, sondern es entscheiden über denselben auch objective, überhaupt „in der Natur der Sache“ liegenden Gründe. Wollte man die aufgestellte Argumentation gelten lassen, so würde nicht nur auf eine sehr versteckte Weise ein klarer, von den Zeitgenossen auch noch nach dem J. R. A. anerkannter und angewendeter Rechtssatz aufgehoben worden seyn, sondern es scheint auch eine durch ziemlich willkührliche Annahmen bedingte petitio principii vorzuliegen: denn wenn auch die Hauptklage, welche der Provocation nachfolgen konnte, in der Regel wird haben bei dem C. G. angestellt werden dürfen, so mußte doch damit die genannte Behörde nicht angegangen werden. Die C. G. O. bezweckte nämlich ganz im Geiste derjenigen Beschwerden, welche der R. A. von 1530. §. 93., die C. G. R. von 1531. §. 35. und der R. A. von 1532 aussprechen, der Wirkung der Rechtshängigkeit und Prävention hinsichtlich der Hauptsache zuschrieb, entgegenzutreten. Dies wollte der J. R. A. §. 83. a. E. nur wiederholen und nochmals einschärfen. Mit Recht führt daher Martin [64]) unsern §. [65]) dafür an, daß der Provocation diese Folge nicht beigemessen werden solle. Läßt man übrigens die Provocation in Injuriensachen zu und verständigt man sich mit der ge-

64) Lehrbuch des Civilprocesses. Zehnte Aufl. §. 255. Note f.

65) Außerhalb dessen Zwecks und Veranlassung — s. darüber Emminghaus a. a. O. Th. II. S. 309—311. Note † — eine solche Neuerung ohnehin lag.

wöhnlichen Meinung darüber, daß eine Injurienklage dem s. g. Diffamationsprocesse dann nachfolgen dürfe, wenn der Diffamant die ehrenkränkende Thatsache nicht erwiesen habe[66]); so ist auch nicht einzusehn, wie der Provocant mit leztrer seinen Gerichtsstand angehn könne: denn die Injurienklage wird dem Gerichtsstande des Provocaten und Diffamanten folgen und also hieher „die Hauptsache remittirt" werden müssen. Derselbe wird nämlich immer nur zufällig und gewiß nur selten mit dem des Provocanten und Diffamanten identisch seyn. An diesen Fall kann und wird der J. R. A. ebenfalls gedacht haben.

Endlich kömmt noch dazu, daß nach der gewöhnlichen Ansicht die Provocation das Wahlrecht des Provocaten zwischen mehreren gleich zuständigen Gerichten nicht aufhebt [67]). Macht also der Provocat hiervon Gebrauch und geht mit der Hauptklage nicht das Gericht an, vor welchem die Provocation verhandelt worden ist, so liegt hier abermals ein Fall vor, in welchem die Hauptsache remittirt werden muß. Der Gerichtsgebrauch und eine große Menge von Schriftstellern [68]) stimmen mit unserm Resultate

66) Berger l. l. §. XIV. Schweitzer a. a. O. S. 33. Barth hodegeta forensis p. 62. Winklers Anleitung zur Führung von Injurienprocessen S. 218.

67) Gail l. l. l. I. obs. 11. Brunnemann ad Cod. p. 832. 833. n. 8. Idem ad Pand. p. 265. n. 4. Berger l. l. §. XXII. Glück a. a. O. §. 494 u. 495. Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 276. Note l.

68) Außer den von Schweitzer a. a. O. S. 97 u. fg. angeführten Schriften von Danz, Claproth Biener, Martin und Mehlen verweise ich auf Gail l. l. obs. 9. n. 6. obs. 10. n. 1. Carpzov resp. l. II. resp. 34. n. 5. ejusdem processus juris t. XX. art. II. §. 1. Martini processus juris in tit. I. §. 5. n. 32. Barth l. l. p. 59. Blumen l. l. §. 3 et 9. Schaumburg principia praxeos juridicae L. II. C. 6. §. 3 et 5. Leyser meditationes ad Pandectas Spec. 81. m. III. et IV. Schmidt a. a. O. §. 276. Schmidts Theorie der summarischen Processe §. 261. Fredersdorf a. a. O. §. 246. Gönner a. a. O. Thl. IV. N. 83. §. 11.

überein. Ja! man ist sogar so weit gegangen, daß man hier und da den Provocanten — freilich mit Unrecht! — verstattet hat, beliebig jeden, auch ganz unzuständigen Richter anzugehn.

Thibaut's System des Pandectenrechts. Fünfte Ausgabe §. 1216. Genslers Commentar, Ausgabe von Guyet Dictat zu §. 244, 245 und 246. Ausgabe von Morstadt Thl. II. S. 89. — Den Gerichtsgebrauch bezeugt Linde a. a. O. §. 336., die Richtigkeit der Theorie fürs gemeine Recht giebt auch Mittermaier a. a. O. S. 183 zu. — Von meiner eignen Erfahrung gilt das, was ich bereits in Note 50 gesagt habe. Beide, dort erwähnte, und viele andre Erkenntnisse bestätigen die hier im Texte ausgeführte Meinung.

XVIII.

Ueber die Verpfändung von jura in re, insbesondere des Pfandrechts.

Von Herrn Dr. F. Carl Theodor Hepp, Privatdocenten in Heidelberg.

Zu den möglichen Objecten der Verpfändung gehören nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche Sachen, d. h. Rechte, und zwar sowohl persönliche als dingliche Rechte (jura in re). Zum wenigsten lassen die Gesetze die Verpfändung des ususfructus (L. 11. §. 2. D. de pignor.), der servitus rustica (L. 12. D. eod.), des Pfandrechts (L. 13. §. 2. D. eod.), und des nomen (L. 18. pr. D. de pign. act.) zu, halten aber doch dergleichen Verpfändungen für eine Ausdehnung des Pfandrechts über seine ursprünglichen Gränzen hinaus, welche nur aus Rücksicht für das Beste der Contrahenten (ob utilitatem contrahentium, L. 12. D. cit.) vom Prätor gegen die Strenge des Rechts in